Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 12448.735946/2012-62

Processo nº	12448.735946/2012-62
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**2402-009.759 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	7 de abril de 2021
Recorrente	MARCOS FERNANDO DE OLIVEIRA MORAES
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2011, 2012

PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS ADQUIRIDAS ATÉ 31/12/1991. CUSTO DE AQUISIÇÃO. VALOR DA DECLARAÇÃO DE BENS. ÔNUS DO DECLARANTE.

É ônus do contribuinte demonstrar a exatidão do valor do custo de aquisição das ações adquiridas até 31/12/1991 constante de sua declaração de bens relativa ao exercício de 1992, ano-calendário de 1991. Na falta de documentação hábil, a fiscalização procederá ao cálculo do custo com base na legislação pertinente.

PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. AUMENTO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS DE LUCROS. AÇÕES EXISTENTES. AJUSTE NO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Admite-se o incremento no custo de aquisição da participação societária, mediante a incorporação de lucros ou reservas constituídas com esses lucros.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para que seja realizado o recálculo do Imposto de Renda devido, adicionando-se, ao custo de aquisição do ganho de capital, as capitalizações de lucros ou reservas constituídas com esses lucros, efetuadas no período posterior a 1996, e para que seja cancelada a multa de ofício e os juros de mora incidentes sobre o montante do crédito tributário constituído e objeto de depósito judicial, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann

Júnior, Luís Henrique Dias Lima, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

A autoridade tributária lavrou auto de infração de imposto de renda da pessoa física em face ao contribuinte acima identificado, no valor de R$ 572.672,77, acrescido de multa e juros de mora, referente a fatos geradores havidos nos anos-calendário 2011 e 2012, com ciência pessoal em 6/12/2012 (fls. 315).

TERMO DE CONSTATAÇÃO E VERIFICAÇÃO FISCAL (fls. 515 a 522)

A autoridade tributária narra que o contribuinte pleiteou a concessão de segurança (Mandado de Segurança processo n. 0003384-16.2011.4.02.510) para não ser compelido a pagar o imposto de renda incidente sobre o ganho de capital da alienação de ações ordinárias nominativas da Clínica Médico-Cirúrgica Botafogo S/A – Hospital Samaritano, argumentando o direito adquirido à isenção prevista na alínea "d" do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510/76, revogado pela Lei nº 7.713/88. Houve extinção do processo judicial sem resolução de mérito tendo o contribuinte depositado judicialmente o tributo que considerava devido.

Narra ainda que, em 1/2/2011, o contribuinte alienou a integralidade de ações da participação societária no Hospital Samaritano à Empresa de Serviços Hospitalares S.A.

A partir das informações prestadas pelo contribuinte, a autoridade tributária as informações para o cálculo do ganho de capital na alienação de 556.955 ações:

a) Custo de aquisição de R$ 137.997,90, aplicada a metodologia descrita no Decreto nº 3.000/99 para ações adquiridas até 31/12/91, em desfavor do custo apregoado pelo contribuinte de R$ 877.174,86.

b) Valor de alienação de R$ 5.701.992,00, considerado os honorários advocatícios.

c) Forma de pagamento: 7 (sete) parcelas pagas em 1/2/2011, 1/4/2011, 10/7/2011, 10/1/2012, 10/7/2012, 10/1/2013 e 10/7/2013.

Depois, planificou as apurações do contribuinte e da fiscalização, comparou-as e identificou o recolhimento a menor.

IMPUGNAÇÃO (fls.529 a 543)

Impugnação formalização em 2/1/2013.

O impugnante inicia com a defesa de que não houve renúncia ou desistência da via administrativa com a impetração do Mandado de Segurança 2011.51.01.003384-8, com o objetivo de impedir a cobrança do imposto de renda sobre o ganho de capital decorrente da venda de ações sob o argumento de que tal ganho seria isento, por força do art. 4º, "d", do Decreto-Lei nº 1.510/76, enquanto neste particular, ataca a metodologia da fiscalização que

Documento nato-digital

apurou custo de aquisição diverso daquele utilizado e exigiu valores já depositados judicialmente, não havendo identidade na causa de pedir.

Com relação ao custo de aquisição, defende que: a) o valor de mercado das ações adquiridas antes de 31/12/91 deveria ser aquele informado na declaração de ajuste anual do ex. 92, ano-calendário 91, não aquele calculado com base no capital social, na forma do art. 96 da Lei nº 8.383/91, não sendo a não apresentação da declaração motivo que impedisse a fiscalização de realizar a apuração correta, e b) a fiscalização desconsiderou os valores proporcionais relativos às capitalizações de lucros ocorridas em 96, 97, 2009 e 2010, comprovadas por meio de documentação apresentada em 11/1/2012 e reapresentada no doc. 2 (fls. 550 a 666), da forma do art. 135 do Decreto nº 3.000/99.

Critica a fiscalização por não ter suspendida a exigibilidade do crédito tributário já depositado em juízo, ainda que se entendesse não representar o montante integral da dívida, de sorte que não incidiria multa de ofício nem juros de mora. A seu ver, o lançamento deveria ter sido realizado apenas para prevenir a decadência. Reproduz doutrina e jurisprudência e invoca a Lei nº 9.703/98.

ACÓRDÃO DE IMPUGNAÇÃO (fls. 676 a 686)

A autoridade julgadora ratificou a não concomitância, por se tratar, dos autos em exame, da discussão do custo de aquisição das ações e do procedimento de exigência de valores depositados judicialmente.

Confirmou também o cálculo do custo das ações adquiridas até 31/12/91, em conformidade com o art. 126 do Decreto nº 3.000/99 e art. 96 da Lei nº 8.383/91.

Rejeitou o argumento de incremento do custo de aquisição pela capitalização de lucros e reservas, em face aos arts. 130 e 135 do Decreto nº 3.000/99, e, no caso concreto, não houve o recebimento de bonificações a partir do ano-calendário 96, conforme documentos apresentados durante o procedimento de fiscalização e demonstrados na planilha nº 1 de fls. 517.

Manteve a exigibilidade do crédito tributário, por não se tratar do depósito do montante integral, nos termos do art. 151, II e 161, § 1º do Código Tributário Nacional, e art. 63 da Lei nº 9.430/96, de modo a serem exigíveis a multa de ofício e os juros de mora.

Ciência pessoal em 8/8/2014, conforme termo de vista do processo de fls. 689.

RECURSO VOLUNTÁRIO (fls. 695 a 719)

Recurso voluntário apresentado em 5/9/2014, em que reitera os termos da impugnação e acrescenta:

- Que, nos termos do art. 96 da Lei nº 8.383/91, o valor de mercado dos bens em 31/12/91 é aquele informado pelo contribuinte em sua declaração de ajuste anual ex. 92, ano-calendário 91, não qualquer valor calculado pela autoridade tributária, independente do critério por esta adotado.

Documento nato-digital

- Que o depósito parcial serve para suspender a exigibilidade da parcela depositada em juízo e dela afastar qualquer incidência de multa de ofício e juros de mora.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e cumpre os pressupostos de admissibilidade, pois dele tomo conhecimento.

São 3 (três) tópicos colocados em litígio: o custo de aquisição das ações alienadas antes de 31/12/91, o custo de aquisição em face à capitalização de lucros e reservas e os efeitos do depósito parcial judicial para fins de não incidência da multa de ofício e juros de mora. Antes de debatê-los, porém, analisa-se a questão judicial concorrente.

MANDADO DE SEGURANÇA 2011.51.01.003384-8

O contribuinte interpôs apelação em face da sentença que julgou extinto o processo sem resolução de mérito, com o objetivo de que seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária com a União capaz de sustentar a constituição de crédito tributário em razão do ganho de capital sobre a alienação de 507.650 ações, abrangidas por direito adquirido pela isenção do art. 4º, 'd', do Decreto-Lei nº 1.510/76.

Ao apreciar o argumento do apelante, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região consignou que a matéria restou definitivamente decidida pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp nº 1.133.032/PR, e concluiu em dar provimento à apelação para anular a sentença de extinção e, ao apreciar o mérito do pedido, julgá-lo procedente para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre contribuinte e União pertinente à incidência de imposto de renda em razão do ganho de capital sobre a alienação de 507.650 ações.

> PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA ADEQUADA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 515 §3º DO CPC. IRPF. DECRETO-LEI Nº 1.510/76. ISENÇÃO. REVOGAÇÃO. LEI Nº 7.713/88. DIREITO ADQUIRIDO. QUESTÃO PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. RESP 1.133.032/PR. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO.
>
> I – Inicialmente, importante ressaltar que o juiz não está vinculado a examinar todos os argumentos expendidos pelas partes, nem a se pronunciar sobre todos os artigos de lei, restando bastante que, no caso concreto, decline fundamentos suficientes e condizentes a lastrear sua decisão.
>
> II – O mandado de segurança é a via adequada para resguardar direito líquido e certo violado ou ameaçado de violação por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício do Poder Público, devendo a violação ou ameaça ser comprovada de forma inequívoca, mediante documentação probatória, nos termos do art. 1º, da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que revogou a Lei nº 1533 de 31 de dezembro de 1951 (art. 29,

Documento nato-digital

da Lei nº 12.016/09), e dos incisos LXIX e LXX do art. 5º, da Constituição Feral de 1988.

III – O Impetrante, ora apelante, objetiva que seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária com a União capaz de sustentar a constituição de crédito tributário em razão de ganho de capital sobre a alienação de 507.650 ações, posto que estão abrangidas, por direito adquirido, pela isenção do art. 4º, d, do Decreto-Lei nº 1.510/76.

IV – Tendo o decisum de fls. 119/120, complementado às fls. 133, julgado o processo extinto, sem resolução do mérito, poderá este tribunal reformá-la, com a apreciação deste, consoante a nova regra constante do § 3º do art. 515 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/2001.

V – A matéria restou definitivamente decidida pela Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp nº 1.133.032/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Relator para o acórdão Ministro Castro Meira, cujo Voto abaixo transcrevo, adotando-o integralmente como razão de decidir:

VI – *"(...) Não se deve confundir, contudo, a revogação da isenção condicional com a revogação da lei que concedera referida isenção. Assim, é perfeitamente possível que o legislador, ao exercer a função legislativa inserida no âmbito da liberdade de conformação, revogue a isenção onerosa anteriormente concedida. No entanto, a força normativa do novo diploma legislativo não atinge quem já cumprira com os requisitos para a fruição da isenção, em momento anterior ao da revogação da lei (...)".*

VII – *"(...) Na análise do caso concreto, entretanto, verifica-se que a Fazenda Nacional, pelo órgão máximo de sua instância administrativa, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, reiteradamente, tem reconhecido o direito adquirido do contribuinte que alienou a participação societária após o decurso de cinco anos (art. 4º, "d", do Dec.-Lei nº 1.510/76, ainda que essa alienação tenha ocorrido na vigência da Lei nº 7.713/88 (...)".*

VIII – Apelação provida para anular a sentença de extinção e, no mérito, pedido julgado procedente.

A Turma negou provimento aos embargos de declaração da Fazenda Nacional e não admitiu o Recurso Especial por esta interposto, tendo a decisão transitada em julgado em 12/7/2006.

CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES ALIENADAS ANTES DE 31/12/91

O contribuinte adquiriu parte das ações no período compreendido por 24/9/71 a 22/4/87, o restante em 23/3/96.

No que se refere ao custo de aquisição de participações societárias adquiridas até 31/12/91, os arts. 125 e 126 do Decreto nº 3.000/99 dispunham que:

Art. 125. Considera-se custo de aquisição dos bens ou direitos, adquiridos até 31 de dezembro de 1991, o valor de mercado, nessa data, de cada bem ou direito individualmente avaliado, constante da declaração de bens relativa ao exercício de 1992 (Lei nº 8.383, de 1991, art. 96 e §§ 5º e 9º).

§ 1º Aos bens e direitos adquiridos até 31 de dezembro de 1990, não relacionados na declaração relativa ao exercício de 1991, não se aplica o disposto no caput (Lei nº 8.383, de 1991, art. 96, § 8º, alínea "b").

Documento nato-digital

> § 2º O disposto neste artigo não se aplica aos bens ou direitos pertencentes a residentes ou domiciliados no exterior.
>
> § 3º A autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará o valor informado, sempre que este não mereça fé, por notoriamente diferente do de mercado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória administrativa ou judicial (Lei nº 8.383, de 1991, art. 96, § 3º).
>
> Art. 126. Para as participações societárias não cotadas em bolsa de valores, considera-se custo de aquisição o maior valor entre (Lei nº 8.218, de 1991, art. 16, e Lei nº 8.383, de 1991, art. 96, § 10):
>
> I - o apurado mediante a atualização monetária, até 31 de dezembro de 1991, do valor original de aquisição, com a utilização da tabela de índices divulgada pela Secretaria da Receita Federal;
>
> II - o valor de mercado avaliado pelo contribuinte, utilizando parâmetros como valor patrimonial, valor apurado por meio de equivalência patrimonial nas hipóteses previstas na legislação comercial ou, ainda, avaliação de três peritos ou empresa especializada.

O contribuinte chama atenção ao § 5º, "a", da Lei nº 8.383/91, base legal da norma citada, para defender que o custo de aquisição, para fins de apuração do ganho de capital, é o valor de mercado das ações determinadas por ele, constante da declaração de bens relativa ao exercício 92, ano-calendário 91.

> Art. 96. No exercício financeiro de 1992, ano-calendário de 1991, o contribuinte apresentará declaração de bens na qual os bens e direitos serão individualmente avaliados a valor de mercado no dia 31 de dezembro de 1991, e convertidos em quantidade de Ufir pelo valor desta no mês de janeiro de 1992.
>
> ...
>
> § 5° Na apuração de ganhos de capital na alienação dos bens e direitos de que trata este artigo será considerado custo de aquisição o valor em Ufir:
>
> a) constante da declaração relativa ao exercício financeiro de 1992, relativamente aos bens e direitos adquiridos até 31 de dezembro de 1991;

A autoridade tributária intimou o recorrente a apresentar a cópia da declaração de bens e direitos integrantes da declaração de ajuste referente ao exercício 92, ano-calendário 91, e com a demonstração o valor declarado para a participação societária objeto do lançamento, às fls. 272.

Ao contrário do apelo recursal, o simples acesso à cópia da declaração de bens do exercício de 92, arquivada nas bases de dados da Receita Federal do Brasil, é medida insuficiente para aceitação do custo de aquisição declarado, pois imprescindível a demonstração deste valor, acompanhado de documentação hábil e idônea.

Como o fato gerador do ganho de capital é demarcado pela data de alienação das participações societárias, até que se opera a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário correspondente, deve o recorrente conservar, em bom estado, os documentos comprobatórios do custo de aquisição, pois indispensáveis para apuração da base de cálculo do imposto de renda devido, nos termos do § 2º do art. 96 do sobredita Lei.

Documento nato-digital

> Art. 96...
>
> § 2° A apresentação da declaração de bens com estes avaliados em valores de mercado não exime os declarantes de manter e apresentar elementos que permitam a identificação de seus custos de aquisição.

Não é, portanto, a mera ausência da declaração de ajuste anual do exercício 92, mas a não demonstração do valor declarado para a participação societária que levou à autoridade fiscal a adotar o procedimento estabelecido no art. 126 do Decreto nº 3.000/99, com a matriz legal na norma do art. 96 da Lei nº 8.383/91, tendo adotado como custo de aquisição das participações societárias alienadas a maior expressão entre o valor original de aquisição, atualizado monetariamente, e o valor de mercado a partir do capital social registrado no balanço patrimonial da companhia.

Portanto, em que pese a avaliação do custo de aquisição, o recorrente não logrou êxito em demonstrar o equivoco do cálculo da fiscalização, através da linguagem de provas, com a demonstração que respaldasse o valor informado na declaração de ajuste anual do exercício de 92.

Entendo não merecer reparo a decisão neste particular.

CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES ALIENADAS EM FACE À CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS

Ainda a respeito do custo de aquisição, defende o recorrente que a capitalização nos anos de 96, 97, 2009 e 2010 devem compor o custo de aquisição, na forma da tabela abaixo:

ANO	VALOR TOTAL DOS LUCROS CAPITALIZADOS	PERCENTUAL DE AÇÕES DO RECORRENTE	VALOR DA CAPITALIZAÇÃO A SER ACRESCIDO AO CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES DO RECORRENTE
1996	R$ 2.306.461,64	3,1311108%	R$ 72.217,80
1997	R$ 2.417.003,03	3,1311108%	R$ 75.678,97
2009	R$ 5.514.216,15	3,1311108%	R$ 172.656,05
2010	R$ 7.381.000,00	3,1311108%	R$ 231.107,06
TOTAL A SER ACRESCIDO AO CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES =			**R$ 551.659,88**

A possibilidade de atualização do custo da aquisição de participação societária decorrente de aumento de capital social mediante a incorporação de lucros apurados a partir do ano de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, encontra previsão no parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/1995:

> Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.
>
> Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de

Documento nato-digital

> reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista. (grifei)

A leitura do excerto legal, reproduzido no art. 135 do Decreto nº 3.000/99, leva ao entendimento de que, para usufruir do ajuste no custo de aquisição da participação societária, seria indispensável a distribuição de quotas ou ações novas com o afastamento da situação de capitalização de lucros ou reservas de lucros sem a emissão de novas ações.

A redução da base de cálculo do ganho de capital na alienação de participação societária, em razão do incremento do respectivo custo de aquisição, é matéria reservada à lei, na forma do art. 150, § 6º, da Constituição Federal e do art. 97, IV, do Código Tributário Nacional, não admitindo interpretação extensiva, a bem do art. 111 deste códex.

Assim, a interpretação da norma conduziria o intérprete à conclusão de que só no caso de distribuição de bonificação de ações é que se poderia considerar a majoração do custo de aquisição em virtude de capitalização de lucros ou reserva de lucros.

Decidir assim ignoraria a *mens legis* pois, antes de janeiro de 1996, à égide do art. 16, § 3º, da Lei nº 7.713/88, o lucro distribuído era passível de tributação, mesmo na fonte, não havendo alteração do custo de aquisição da participação societária quando da capitalização dos lucros pela pessoa jurídica. Ou seja, quando alienada a participação, incidia o imposto de renda sobre o ganho de capital no lucro antes capitalizado.

Com o advento do art. 10 da Lei nº 9.249/95, os lucros passaram a ser tributados apenas na pessoa jurídica, ao passo que os dividendos passaram a ser isentos, o que poderia ensejar a preferência pela distribuição de lucros frente à retenção e ao reinvestimento, dando azo à descapitalização das empresas.

Para evitar essa situação, o p. u. do art. 10 da Lei nº 9.249/95 previu uma forma de estimular a retenção dos lucros e realizar investimentos nas empresas para que seus sócios não decidissem priorizar a distribuição de lucros. Na prática, quer dizer que se abriu a possibilidade de ajuste no custo de aquisição das participações societárias dos acionistas, na proporção em que aqueles fossem capitalizados, balizando o alcance do benefício legal da isenção de dividendos.

Consequentemente, ao ganho de capital oriundo da alienação de participações societárias sujeito à tributação, adicionou-se a vantagem da redução do tributo devido na proporção do montante de lucros capitalizados e não distribuídos aos sócios.

Mesmo que a norma colacionada refira-se somente às quotas e ações distribuídas em razão da capitalização de lucros ou reservas constituídas por estes lucros, sob o ponto de vista teleológico e sistemático, não há motivo para que essa capitalização não reflita, igualmente, acréscimo do custo de aquisição de ações já detidas pelos sócios.

As ponderadas palavras de Paulo Cezar Aragão e Fernanda Mattar Mesquita a respeito do tema iluminam meu ponto de vista[1]:

[1] Cfr. Considerações a respeito da capitalização de reservas e lucros à luz da lei das sociedades por ações. In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando; SOARES DE CASTRO, Moema Augusta (coord.); FREITAS, Bernardo Vianna; CARVALHO, Mário Tavernard Martins de (org.). Sociedades anônimas e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 79--104.

Documento nato-digital

> Em outras palavras: se o acionista receber ações com base em reservas e lucros cuja capitalização não seria tributada, por haverem sido apurados a partir de janeiro de 1996, a parcela de tais lucros ou reservas que caberia ao acionista não apenas está isenta de tributação para a pessoa jurídica que os capitalizar, como também atualizará a base de custo do acionista pessoa física ou jurídica, para uma eventual apuração futura do ganho de capital tributável.
>
> Dessa forma, sem descapitalizar a companhia com distribuições de dividendos acima do obrigatório, o acionista vê aumentado o seu custo de aquisição que serve de base para a apuração do ganho de capital em caso de venda de ações.
>
> Uma leitura literal do texto da lei, reproduzida no RIR, que alude a "quotas ou ações distribuídas", tem feito com que algumas companhias abertas, ao capitalizarem lucros ou reservas, adotem ainda a prática, até certo ponto ultrapassada, de distribuírem novas ações aos seus acionistas (por exemplo, as aqui tratadas bonificações), que na reforma se buscou desestimular, para evitar uma "ilusão de ganho" característica de um mercado de capitais incipiente e de uma economia inflacionária.
>
> Sempre foi objeto de análise a possibilidade de que esta capitalização de lucros ou reservas fosse feita sem a distribuição de novas ações, pelos custos de implantação que as bonificações representam e, acima de tudo, pelo custo adicional que geram, principalmente, nos casos das companhias brasileiras com certificados de depósito de ações no exterior ("ADRs"), para os titulares dos referidos ADRs, já que, no mercado externo, o número de ações alienadas usualmente impacta o custo de transferência junto aos bancos depositários (uma vez que novos ADRs serão emitidos, fazendo com que uma mesma operação passe a envolver um número maior e custos de transação aumentados), tornando as operações mais onerosas para os investidores estrangeiros de portfólio (por exemplo, feitos com base na Resolução CMN nº 2.689), que estariam, em qualquer caso, isentos de tributação sobre ganho de capital.
>
> Para esses investidores de portfólio, desse modo, a distribuição de novas ações em bonificação não tem real sentido econômico, apenas aumentando o custo de transação.
>
> Nos últimos anos, contudo, a Receita Federal do Brasil divulgou Soluções de Consulta com base nas quais se reconhece que, em ambos os casos (por exemplo, na capitalização de reservas com ou sem a emissão de novas ações), o custo (fiscal) de aquisição dos acionistas pode sofrer ajuste.
>
> Assim, segundo esse novo entendimento, a distribuição de novas ações não é necessária para o gozo do benefício de aumento do custo (fiscal) de aquisição para as pessoas físicas ou jurídicas, ainda que os citados arts. 135 e 383, parágrafo único, do RIR aludam a esse fato, uma vez que – como lembrado – com ou sem a emissão de novas ações, estão sendo incorporadas, ao capital social, reservas que, se distribuídas como dividendos e imediatamente capitalizadas, resultariam em um aumento da base de cálculo do investimento total realizado, também sem tributação.
>
> E, como visto acima, é perfeitamente justificável que assim seja, já que não apenas o resultado econômico é o mesmo para o acionista, com ou sem emissão de novas ações, como também não há razão para que a capitalização de reservas nessas circunstâncias tenha tratamento menos favorecido, se a companhia pode proceder a essa capitalização de suas reservas sem alterar o número de ações (inclusive aumentando o valor nominal das existentes, quando for o caso).

Não parece haver plausibilidade por que a capitalização de lucros ou de reservas constituídas com esses lucros, sem a emissão de novas ações, possa receber um tratamento diferenciado e menos favorecido quando comparado aos lucros distribuídos e creditados aos sócios como dividendos isentos, dissociado com a realidade econômica, fiscal e contábil.

Documento nato-digital

Mesmo porque com o tratamento tributário favorecido do *caput* do art. 10 da Lei nº 9.249/95, o acionista beneficiário de dividendos isentos poderia utilizá-los na subscrição de capital, com a agregação ao custo de aquisição à sua participação. Quer dizer, poderiam os lucros serem distribuídos com a isenção em comento para uma eventual subscrição e consequentemente com aumento do custo de aquisição da participação societária, quando, ao revés, a capitalização dos lucros ou de reservas constituídas com estes não poderia repercutir no custo de aquisição da participação societária? Não é razoável esse raciocínio.

Reafirmo que a linha de pensamento defendida não confere uma interpretação extensiva à norma, com a ampliação indevida às ações já existentes do benefício de ajuste do custo de aquisição, eis que apenas se deixou de regular expressamente essa hipótese, cabendo ao operador do direito integrar a lacuna a partir da interpretação teleológica e sistemática do sistema tributário e societário.

A Receita Federal do Brasil consolidou o posicionamento defendido a respeito do tema com a Solução de Consulta Cosit nº 10/2016, com caráter vinculante no âmbito daquele órgão, cujo enunciado está assim redigido:

> CUSTO DE AQUISIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE RESERVAS E LUCROS. EFEITOS. Somente o aumento de capital, mediante a incorporação de lucros ou de reservas constituídas com lucros, possibilita o incremento no custo de aquisição da participação societária, em valor equivalente à parcela capitalizada dos lucros ou das reservas constituídas com esses lucros que corresponder à participação do sócio ou acionista na investida.

Observa-se que a possibilidade de capitalização de lucros ou reservas constituídas com estes lucros não está restrita à situação em que fossem emitidas ações em bonificação, ao contrário do que defende o acórdão recorrido.

Arremata a Receia Federal do Brasil, com cautela, alertando que:

> 21. Deste modo, a incorporação ao capital social das reservas de capital não permite o aumento do custo de aquisição para fins de apuração do ganho de capital. Admitir essa possibilidade traria como conseqüência a redução da base de cálculo do ganho de capital apurado no negócio.

Também este Conselho tem decidido assim:

> **Acórdão nº 2402-006.004 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária. Sessão de 14 de setembro de 2017**
>
> INCREMENTO NO CUSTO DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. CAPITALIZAÇÃO. LUCROS E RESERVAS DE LUCROS. É possível o incremento no custo de aquisição participação societária, mediante a incorporação de lucros ou reservas constituídas com esses lucros.
>
> **Acórdão nº 2401-005.283 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Sessão de 6 de fevereiro de 2018**
>
> PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AUMENTO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE LUCROS E DE RESERVAS DE LUCROS. AÇÕES EXISTENTES. AJUSTE NO CUSTO DE AQUISIÇÃO. O aumento de capital social, mediante a incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, ainda que sem emissão nem distribuição de novas ações, possibilita o

Documento nato-digital

> incremento no custo de aquisição da participação societária, em valor equivalente à parcela capitalizada dos lucros ou das reservas constituídas com esses lucros que corresponder à participação do acionista.

Em harmonia com as manifestações da autoridade fazendária, deve ser permitido o incremento do custo de aquisição da participação societária do recorrente, levando-se em conta as capitalizações de lucros ou reservas constituídas com esses lucros, efetuadas no período posterior a 1996, a fim de que seja realizado o recálculo do lançamento considerando-se, no custo de aquisição, as capitalização de lucros ou reservas destes lucros.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA

Em face à decisão judicial transitada em julgado ter reconhecido a inexistência de relação jurídico-tributária entre contribuinte e União, referente à incidência de imposto de renda em razão do ganho de capital sobre a alienação de 507.650 ações, devem ser cancelados a multa de ofício e os juros de mora apurados sobre o montante depositado em juízo.

CONCLUSÃO

Voto em dar provimento parcial ao recurso voluntário para que seja realizado o recálculo do imposto, a fim de que seja adicionado, ao custo de aquisição do ganho de capital, as capitalizações de lucros ou reservas constituídas com esses lucros efetuadas no período posterior a 1996, e para que sejam cancelados a multa de ofício e os juros de mora incidentes sobre o montante do crédito tributário constituído e objeto de depósito judicial.

À unidade preparadora, para que se digne a observar a decisão judicial transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança 2011.51.01.003384-8.

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem

Documento nato-digital